

「二つの占有論」の「法と言語論」

辻 義 教

はじめに

I 占有の「法と言語論」

a. ギールケの命題の「法と言語論」

b. 所有権と所有権事実

II 二つの占有論 3 説

III 二つの占有論

おわりに

はじめに

我が私法学上には占有には二つの占有があつて、その二つは異なつた、別の機能を営むとする理解がある。ただ、そのいずれもがその一つは、占有を信じた善意取得者による所有権取得の場合であるとする。したがつてそれは、一つの占有の公信力についての立論ともいいうるのであるが、占有から公信力を与えられる占有を除いた残余の占有も、その対照に供されているのであるから、やはりそれらは「二つの占有論」といってよいであろう。

その二つの占有論に対して、論者は「二つの占有論」の立てる残余の占有について、その「虚妄」を疑うのである。すなわち本稿では二つの占有論の 3 説を論材にしているのであるが、その 3 説のともに立てる残余の占有——占有から公信力を付与される占有を除いた残りの占有が、その実体を欠くものである。「占有」という表現は厳に存在しているのであるから、その実体が欠けるというのは、「占有」とは単なる語彙にすぎない。ないしは「すぎない」のではないかと疑う。すなわちその占有論は「虚妄」であると疑う。確かに、占有論が虚妄であ

るとすれば、占有についていわれて来た表現、すなわち「占有の謎」「八幡の森」という表現に誠に隙間なく当て嵌まる。

論者はすでに、占有の謎を「逃げ水」と解いた¹⁾。それは占有規範が一般の法規範とは次元を異にする規範——メタ規範であるからで、占有とは所有権の逃げ水——蜃気楼であると解いたのである。そうだとすると、実は「占有」が単に単語——語彙としてあるにすぎないものである。ただその「占有」という語は、「権利」あるいは「権利事実」を呼び出す機能を営む。すなわち「占有」とはやはりメタ言語語彙である。そうなる。本稿はその点を扱った。

I 占有の「法と言語論」

a. ギールケの命題の「法と言語論」

論者はすでに触れたものであるし、内容自体は既知ないしは周知の、といってよいであろうものであるが、ギールケ O., von Gierke の所有権についての命題。そしてそれは、ギールケが所有権を主題に据えて、その特性を探究した、そういうものではない。そうではなくて、ギールケはゲルマニステンのイデオログとして、ローマ普通法に対し、ゲルマン固有法の特性、そして間違いなくその優秀性を立証しようとしたのが、その動機 motive であったと考えられる。ただそのためには、所有権はすぐれて適切な素材であったのであるが、その過程で提示した命題である。そして上記の事情に規定されて、その命題、その著述の本文中で提示、扱われたものではない。各民族の法の固有性を指摘

するなかで、その一つとして所有権を挙げ、それに脚注を付して提示されたにすぎないものである²⁾。

すなわち以下のようにいう、

…… 2. 所有権もまた一つの歴史範疇 eine historische Kategorie であって、論理的範疇 eine logische Kategorie ではない。所有権はそれ自体、無制限な……

それだけであるのだが、その命題、ギールケの、多分、意識していたよりはるかに多くの指摘を含む。そしてそれが人口に膾炙し広められているのは、その意味の、ギールケが気付いていない重さであったと論者は考える。ただ、その命題は多方面に引用されてはいるが、その引用者自身、その意味の重さ、ないしは内容をいかほどに意識、気付いたものであるのかは、多分に疑わしい。

ギールケは、所有権が歴史的存在であって、論理的存在ではないという。いうまでもなく「所有権」とは語彙である。語彙は多く、ほとんどの場合にはある実体を指示するものである。それを対象言語というが、所有権という語彙も、いうまでもなく対象を指示する——messageをもつ、対象言語である。それを一般には名称、名辞という。この場合、その名称、名辞は言語でありさえすればよく、すなわち発音でき、文字で表わされるものでありさえすればよく、それはいかなるものでもよい。そうであるからそれを記号ともいい、ある子供が出産すれば、親は適宜の——ただこの適宜の選択については今一つの言語の特質が働くが、それは今、触れる必要がない、名前を付す。名前はその子の同一性の識別のために付すのであるから他に同じものがないほうがよいが、すなわちそこでは子が生まれることが先きであって、名前は既存の——人間の子であるからすでに生まれている、個体に後から、いわば荷物がすでにあって、それに荷札 tag が付けられるのと同然に、付加されるものである。

この場合、注意すべきなのは上記のように、名前＝名称＝名辞は、いかなるものでもよ

いのであるから、一見、考えられるが如く、その名前がその人の同一性 identity を識別する役割を終局的には果さない。そういう点である。ただ名前は、その人の同一性——それを日本語は「人となり」というが、それを共通に記憶として共有する人々の間で、事実の伝達 communication の手段として働く。しかしそれはその個体の同一性の認識が共有されている場合のみであり、かつ同一性の認識が先行する。人の名前の果たす同一性の認識とは、名前という名辞が果たしているのではなく、個体の同一性の認識が確立して初めて成立するものである。

すなわち言語の指示対象 message の同一性の認識、あるいは対象の存在、あるいは現象が言語より先行して初めて、その語は機能する。その場合の対象の先行性は「歴史的」といえる。したがってギールケの提示した所有権は歴史的範疇であるというのは、所有権という語——その語を法律学は権利というのであるから、その権利は、「所有権」に実体を識別する一次的な識別機能はない、ということである。そこでは所有権事実の存在が権利名辞に先行するものであるということ。それを提示する意味をもつ。論者はそう考える。

法律関係はその一方で、多くは当事者間の意欲——多くは意思 der Wille というが、その一致によって始まる。「自動車1台を200万円で買わないか」。「買おう」。それによってその二人の間の法律関係は始まる。この場合、二人の間の権利＝義務（債権＝債務）は、なんら二人の間の実体事実の存在の先行を前提にして始めるものではない。二人は実体事実の実現——給付の履行を目指してその権利＝義務を始める。すなわち契約を締結する。その場合、意思の遣り取り——申込＝承諾は、ことごとく、必ずや言語によって行われ、言語によってしか行われない——ヒトは言語によって関係を構築するサルである。したがって、契約、債権＝債務は言語が先行して、その法律関係がある。ないしはその法律関係においては、言語、権利＝義務が先

行してあり、その言語、権利＝義務は実体事実の実現を目的にするものであり、実体事実はその権利、義務の実現として後行して出現する。

人の論理とは、言語によって計算可能なように思考することである。すなわち、ギールケのいう「論理的範疇」とは上述の関係をいう。そう理解できる。すなわち、所有権は歴史的存在であり、論理的存在でない、というのは、実体事実の先行＝後行、先験的＝後験的実在 *a priori* = *a posteriori* 的実在をいう。所有権とは権利より先きに権利事実が実在し、それに付された名辞である。したがって名辞そのものに実体を識別する手掛かり——特徴は備えていない。ギールケの命題はそう指摘するものである。ただこの点は、ギールケの関心内にあったかどうかは疑わしい。

他方、法律世界が法規範を適用するについて、権利＝義務を前提にし、さらにその要素を法律要件として前提し、その前提要件——法律要件、権利要件あるいは構成要件に当て嵌める実体事実——したがって要件事実の存否を認知し、その認知に従って法律あるいは権利＝義務の存否を認定する——原告の主張を認容＝否認する。その法規範適用の過程は、上述する実体事実が先行、実在する法律関係には成立しないことになる。それをいうのが *probatio diabolica*。そして所有権は歴史的範疇であるという命題。したがってギールケのいう論理的範疇というのは、法律要件＝要件事実関係の成立するものを指していると理解できる。逆にいえば、法律要件＝要件事実関係とは、法律要件すなわち法律名辞——名義が実体事実より先行して成立し、その実現を目指す場合、主としていえば契約、したがってパンデクテン法世界では債権＝債務に成立する関係である。

b 所有権と所有権事実

所有権という権利は「所有権」という権利名辞があるのみで、その権利要件——法律要件を欠いている。したがって所有権者はその権利を証明できない—— *probatio diabolica*。そうであるから、ロオマ法では *possessio* とは多く相

続権、地役権についていわれたようであるが³⁾、所有権の争いがあると、裁判所は両当事者が所有権者であると主張することを前提にした⁴⁾。原告はその支配事実を主張できるだけであり、それに対し被告も自己の支配事実の主張をなす。そこでは一方が原告、他方が被告とはいえないで、双方がその支配の主張を述べた。その支配の主張——争いであるからその物の返還の請求を *vindicare* といった⁵⁾。それはまた、所有権が歴史的に生成したこと、あるいは歴史的存在であることを証明するものであるし、所有権の証明が不能であることを示しているものである。

そこでロオマ法は、当初いずれかの当事者に争いの目的物の所持を、一定の保証人を立てることを条件に認めた⁶⁾。その「仮の所持」を「占有」*possessio* といった⁷⁾。ただその占有の取得を認めるのは、訴訟上の行為であるから法務官の命令 *interdict* によった。その命令による占有であるから、その占有を *possessio ad interdicta* といった。それに対し、ロオマ法上は *possessio* に今一つ別の、かつ先行する沿革がある。すなわち物を使用する *usus* ことによって所有権を取得する——取得時効であるが、ロオマ法上は使用取得 *usucapio* という。その場合の使用という事実的な支配——それを *habere* といったが、この *habere* に由来する *possessio* がそれである。この *possessio* が後年、市民法上の占有 *possessio civilis* といわれた⁸⁾。これが問題の始まりである。

ただこの問題の始まりから、例えば本稿の提示に至る間には法規範認識に係わる問題が介在している。そのなかには、所有権という権利名辞の成立——それについては「占有」という名辞が、「所有権」という名辞の成立前の所有権を指称することがあったといえるのであるが、さらには法規範適用についての知見、すなわち法律要件＝要件事実論の確立などの問題ないしは事情がある。あるいはさらには、人間の判断が2値判断を基本にするという事情——科学的認識の成立、そして人間の認識、認知がすべて

言語を介すことの自覚、言語自体の機能についての知見などである。それらすべては、いうまでもなく一法律学の課題ではないし、いわんや現在の法を前提にした占有論の内に収まる問題ではない。

占有というものが、それ自体独自の内包、したがって法律要件をもたないもので、所有権事実の実態を判定規準に引照して機能する規範——メタ規範であるとするれば⁹⁾、それはイエリングも指摘するように、占有と所有権が並列するということである¹⁰⁾。そうであるならば、そこからは二つのことが導かれる。

すなわち、先ず第一には占有という法的語彙——概念自体に、直接実体を指示する機能がないということである。次ぎに第二には、占有が間接的に引照して指示している実体は、所有権事実であるということである。そうであるとすると、所有権事実を実体として指示する法律語彙——名義は所有権なのであるから、所有権＝所有権事実という指示関係—— message 関係、法律学上は適用関係が成立する。したがってさらにそこからは、占有という法律名義——語彙が語彙＝message すなわち権利＝権利事実の対応関係から浮き上って存在しているという構造が判明することになる。

すなわち、占有は事実であり、イエリングのいう所有権と占有の並列ということは、占有とは法律要件ではなく、かつ所有権事実であるということの意味するわけである。ただここで注意を必要とするのは、占有が所有権事実を意味するとは、占有という名辞が所有権事実を message として指示する名辞であるということである。それではそれは、所有権事実が占有を法律要件とするということと、どう異なるのか。それが問題になる。そして占有も語彙であれば、それは占有という事実を指示する、message とするということである。占有が法律要件であるとしたとき、占有が適用されるのは、要件事実である占有事実の存在が認定されることである、とすることである。すなわち、占有が事実であるとしても、法律要件であると

しても、占有事実、占有要件事実を認定——認知するについては、実は相違は一見、無い。同じである。それはなぜかといえ、占有が事実であるといかに強調しても、実は「占有」が語彙——単語、名義であるからなのである。すなわち、人間の認知——法律上は裁判官の認定も必ずや言語によって実行される。逆にいえば言語によらなければ認知——認定は成立しない。そういう言語と認知の相互関係に縛られている——ヒトは言語によって認知するサルであるからである。

したがって二つのことが導かれる。一つは、法律要件＝要件事実の認知としてある法律名義——名辞を考えた場合、判断規準としての内容——内包、それを法律学は法律名義の要件というが、それが実体事実から切断されて、予め成立していると考えられることである——主知的存在。それに対し、ある法律名義——名辞が事実であるとするれば、その名辞に事実認定——認知の判定規準——分類学上の criterion をもたないもので、実体事実の存否が先行し、その名辞は単なる名称であって、実体の存否の判定規準としては機能しない。それはしたがって、ある一人の人間がこの世に生まれることと同じである。すなわち人間は、一人の人がこの世に生まれれば、必ずやその個人に一つの名辞を付す。それを「名前」という。しかしその名前は——一見、その個人を識別する規準になるのであるが、識別規準としてその名前が機能するかと問えば、機能しない。すなわちある個人を識別するとき、その名前の中にその個人を特定できる規準は何一つ含まれない。個人の識別は、その個人の生い立ち、身体的特徴、もちろん性別、年齢等々の特徴が周辺の人間に共通して記憶されることによって初めて成立する。それは対象言語が言語として、すなわち communication の手段として、成立する構造と異ならない。すなわち単なる記号である。したがってその記号はどのようなものでもよい。ただ必要なのは複数の異なる対象に同一の記号であってはならず、一定人間で、すなわち一つの言語社会でそ

の記号と対象 message が共有されなければならない。「リング」が●であることが共有されなければならない。さらに人によって発音され得、文字で書き現わされなければならない。それのみである。ただ最後者の文字化は、不可欠ではない。

すなわち権利と権利事実、言語とメッセージの対照を理解する立場に立てば、占有は「所有権事実」と称すれば済むものに、余分に付与された名辞というに尽きる。それは所有権事実であるのだから、本来、非所有権事実をいわない——指示しない。したがって法理上は該当しないものである。しかし非所有権事実も目的物支配を伴う非所有権の事実である場合は、実体の形態、すなわち実態は所有権事実と異ならない。なぜなら所有権に非所有権と分ける特徴——分類学上は範疇 criterion, それを法理上は権利要件という、それが存在しないからである（そもそもそれがあれば整理上「占有」を必要とする発想は出てこない）。したがって所有権事実も「非所有権」事実も同一の所有権事実の実態を呈する。それが占有に自主占有と他主占有の別のある理由である。

ところが、所有権は権利要件を発見できない権利であるが、物支配事実を伴う非所有権である権利、例えば賃借権には約定、法定の要件が存在する。したがって同じ所有権事実といっても、非所有権である権利の事実である場合は、その所有権事実はその権利事実の権利要件に最初から、最後まで左右される。それを意味するのが、他主占有がその権原の変更によらなければならない占有の性格を変ええないとする法理である（185条）。ないしは同条項のいう「権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新権原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ其性質ヲ変セス」とする条文——この条文冗長で長々しいが、その意味するものは、上述の所有権事実が「非所有権」事実である場合の事情である。したがって他主占有論は

所有権事実を問題とするものではなく、その事実の法的原因、それを権原というのであるが、その如何すなわち権利要件を問題とする。すなわち他主占有論は占有論ではなく権利要件——非所有権である権利の要件論という意味で権利論である。

また所有権事実の法律効果はいうまでもなく所有権の法律効果であるのだから、そして所有権事実が「占有」と指称されるに至ったのは、所有権が権利要件に構成されえず、かつまた所有権事実が権利名辞より先に生成するからである——所有権は歴史的事実であるということの法規範論における他の一つの意味。そうであるから、占有が所有権事実を指称するときはことごとく、それは所有権の存否、法律効果を問題にしているのである。

「占有」のもつ「所有権事実」という以外の今一つの意味が、ただ単なる、そして法理上はなくてもよい、したがって余分に案出された——「所有権事実」を指称するものとして、所有権事実が付与された名辞であるとすれば、占有は事実であると強調されるにもかかわらず、所有権という権利名辞が名辞としてもつ特性と同一の特性をもつことになる。それが占有の謎 labyrinth の一つの原因であるが、それは占有と所有権に留まらず、権利名辞がもつ特性——usus modernus における特性一般とも同じ特性である。したがって、usus modernus においては賃権という権利名辞もそうであるが（466条1項）占有も権利でないにもかかわらず、名辞として所有権と全く同一の観念的譲渡性をもつものとされる（182条2項～184条）。逆にいうと占有の観念的譲渡性は単に占有という名辞の観念性一般に規定されているのである。

それに対し占有が所有権事実の言い替えである場合には、所有権事実は実体事実であるのだから、名辞の譲渡と同じく観念的に譲渡されるということはない。占有の譲渡における占有物の現実の引渡しとはそれをいう（182条1項）。すなわち占有移転の四つの方法の内、現実の引渡しは所有権事実の引渡し移転をいう。それに

対し他の三つの引渡しは、名辞としての占有の移転を意味している。

したがって観念的な占有移転の三つの方法(182条2項～184条)は、「所有権事実」としか指称できない事実「占有」という別名辞を付与したことによって生じた蛇足な法的名辞としての「占有」の移転を指示するものである。したがってそれに対応する実体事実を欠くことになる。

占有の取得(180条)とは所有権事実の成立の如何をいう。代理占有(181条)とは他人を介した所有権事実の成立をいう。それに対し現実の引渡し(182条1項)とは所有権事実の引渡し、移転をいう——さらにそれに対し、簡易の引渡し(182条2項)占有改定(183条)指図による占有の移転の三つの占有の移転は、単なる名辞としての占有の移転をいう。占有の態様の推定(186条1項)とは所有権事実の実態にある者は真実の所有権者の実態を推定されるということである。そうであるから、所有権事実の実態にある者は適法な権利者であると推定される(188条)。したがって相手方の所有権事実を信頼した者も(192条)所有権者と推定されることになる。

所有権は権利事実が先行し、また権利の証明のできない権利であるのだから、所有権事実が所有権事実でない場合を含む——権利が証明される場合、したがって占有には所有権事実が非所有権事実である場合の問題が残る。その場合とは表見代理、債権の準占有、不当利得と全く性質を同じくする規範事実状態である。その権利事実真正の権利取得を認めるのが取得時効と公信力の問題である。善意占有者＝悪意占有者の果実取得規定(189条、190条)は非所有権事実の実態——精確にいうと非所有権者であるのに所有権事実の実態にあった者の果実取得、損害賠償を規定しているわけである。その者が対象物を返還する場合の費用償還は196条が規定する。

占有を所有権事実であるとすれば、その関係を一般化して考えると、権利事実一般を占有に比準して考えることができることになる。これ

がいうまでもなく占有に準じる権利事実という意味で準占有 *quasi possessio* という。日本民法典は素朴にこの関係で準占有条項を掲げる(205条)。

しかしこの一般化には一つ決定的な欠陥が存在する。それはロオマ法以来法学が「所有権事実」を「占有」と——蛇足に命名した——不要な名辞を付与した、決定的な原因は所有権の法規範特性、それはギールケのいう歴史的存在ということであるが、所有権事実が先行して成立するという点、それはまた所有権が「所有権」という権利名辞としてしか法規範世界の中に存在しないということである。すなわち所有権という権利は権利要件＝要件事実という法規範世界一般の権利認定の過程が成り立たない権利であるということである。

ロオマ法学は所有権のその謎を所有権事実 *possessio* と別個の名辞を付与し、それを要素分解することによって所有権の要件化に換えようとした。それが普通法学が汗牛充棟の精力を注いだ占有論の意味であったのであるが、占有論とはそういう特質をもつ。

それを一般化すると、権利の多くはその発生原因を別にもつ。売買代金支払いの請求権は売買契約を発生原因とする。したがって売買代金請求債権は売買契約によって規定される権利要件を先行してもつ。したがって売買代金債権はその債権要件と債権要件事実という債権認定の過程が成立する。すなわちそこに債権事実を準占有として設定する要因は欠けているのである。そこにはその基底として所有権事実についてさえ、それを占有(有体物占有)と設定することの蛇足性が存在している。この事情がドイツ民法典をして準占有を原則的に不要とした原因であると考えることができる。

占有というのはしたがって、要するに「所有権事実」という問題で尽きている。したがって例えば、即時取得占有があるかないかという問題であれば、即時取得「所有権事実」があるかないかですべて終る。問題は、それでは「所有権事実」はいかなる場合にその存在を認定され

るのか、あるいは否認されるのかである。そこにそれを認定する要件、要素を想定できるのか否かである。その問題が実は占有要素論であって、占有とは所有権事実でしかないと理解されるのならば、占有要素論とは所有権事実要素論ということになる。そうだとすれば、所有権の権利要件如何という問題に回帰してしまうことは容易に理解できる——占有⇔所有権論の逃げ水論¹¹⁾。それを理解したのがベッカーの占有論と理解することができ、すなわちベッカーは占有の成否は要件＝要件事実では認定されないとしたわけである。逆にいえばベッカーの占有の客観説とは「所有権事実」存否の認定に要件＝要件事実論は適用されないと主張したということである。

ベッカーは¹²⁾,

すでに示唆されているように、私は占有の構成要件に対する一般的に通用する基礎公式は存在しないという意見である。占有は常に権利行使 *Rechtsausübung* として、あるいは問題となる権利行使の不可欠の前提である事実状態として述べられる。

というのであるが、それは占有の認否、すなわち所有権事実の認定には占有要素（要件）事実（要件事実）の認定は機能しないといっている。さらにしたがって、動産占有の獲得についてであるが¹³⁾,

私という。動産上はこの権利は *animus* と *corpus* の競合 *zusammentreffen* によって取得されるのではなくて、物は取得者が関与 *zutun* してもしなくても取得者の勢力 *Bereich* の内にそしてそれを我々は「家屋の力」*hauslich Gewalt* とか「管理」*Gewahrsam* と呼ぼうと思うのであるが、その内に入ることによって獲得される。

というのであるから、実体事実の存在すなわちありよう（実態）の如何によって占有すなわち所有権事実であるが、その成否を認定するというのである。それは実体の形態、すなわち図型——所有権支配の実態の姿という図型を想定し、それを実体の実態を重ね合わせて、その成

否の認定をしようとする。そう主張するものと理解できる。

占有の一つは単なる名称＝名辞としての「占有」である——他の一つは所有権事実。それは「所有権事実」と称すれば済んだもの、ないしは「所有権事実」と称しなければならなかったものである。それにもかかわらずロオマ以来「占有」*possessio* と別名称＝別名辞を与えられてしまったものである。したがって「占有」は占有独自の——すなわち「所有権事実」という実体とは別個の実体、その名辞に対応する伝達内容 *message* をもつものではない。その意味で占有は実体を欠いた名辞、したがって実体を欠いた法律問題である。すなわち占有論とは法学における蜃気楼である——逃げ水。

しかし人は一つの名辞をもつとその名辞に独自の実体、伝達内容を指定する。その名辞がメタ言語でない限り、人の言語操作はそうする性格をもつ。それが類型論（類型分類）を可能にする言語基盤であるが、それに従って法律世界がもつ占有の伝達内容が占有訴権と考えられる。

すなわち占有問題から所有権事実という実体をすべて控除して残るもの。それは占有訴権のみである。所有権事実とは所有権の実体事実、すなわち所有権という権利名辞の伝達内容であるから、それは所有権問題である。他主占有は所有権以外の権利——多くは債権の権利事実である。したがってそれは占有問題ではない。ただ、所有権事実を「占有」と名付けているのだから、その所有権問題が「占有」として、占有問題として論じられることはある。それは「占有」という名辞を使って所有権事実を論じるものである。それも占有の謎の一つの原因である。

それに対し、残された占有独自のもの——法律問題とは占有訴権のみであるのだから、したがって独自の、ないしは別個の、余分な名辞としての「占有」は占有訴権のみを法律効果として伝達内容にするものであるということになる。そうすると、余分な名辞としての「占有」

とはなんらの独自の実体事実——すなわち法律要件＝要件事実を欠いた、占有訴権という法律効果のみをもつ法律問題であるということになる。すなわち「占有」という単なる名辞と占有訴権という法律効果をもつ法律問題！ということになる。

また一方、余分なそして単なる名辞としての「占有」は「所有権事実」と称すべきところを、「占有」と称しているのだから、単なる名辞としてはその特性に規定されることになる。二つほど挙げることができるが、その一つは、占有に独自の伝達内容 message はないということである。すなわち、所有権事実といえば足りるものを、占有と別名辞を付しているのだから、その占有にある法律問題は、占有自体からは何も出て来ない。占有に出て来る法律問題は、ことごとく所有権問題であることになる。その点を指摘するのが、いうまでもなくイエリングの所有権と占有の parallelism¹⁴⁾。ないしはイエリングのその parallelism とは占有のもつ、不当利得用語を借用すれば、抽象性 abstrakt。あるいは論者のいうメタ規範性である。

法律世界が「所有権事実」に「占有」という別名辞を付与したとき、もちろんそれは単に無用な名辞の追加、増加にすぎなかった——法律上の名辞としては「所有権」で足りたのであるから、それは無用な追加ではあったのであるが、しかし「所有権」と「占有」は別名辞なのであるから、別名辞が成立すればそれは「別」のものとして独自の message 伝達内容をもつことになる——占有の訴は所有権の訴とは別である（202条1項）。「所有権」以外に「所有権事実」が「占有」と名付けられたのであるから、占有とは非所有権と観念されるわけで——言語名辞は類型分類規準である、非所有権に基づく「所有権事実」はすなおに「占有」と理解されるに至る——所有権に基づかない物支配事実が「占有」の伝達内容 message とされるに至る。いうまでもなく契約に基づく他人の物の使用占有はその例である。それはまた所有権事実の法的多様性に応じて「占有」が多様に理解

されるということでもある。その多様な所有権事実に対応する占有の多様性が、自主占有、他主占有、容假占有の別である。

他方、単なる名辞、無用な名辞としての「占有」は単なる名辞、すなわち形式であるのだからそれは多様性の極にある。単一な形式として、名辞としての占有は空虚で、なんらの内実、すなわち message をもたない。その形式、空虚な名辞はそれ自体ではなんらの実体的な法律効果をもたないのだから、特に「物秩序の維持」「平和」を正統化の根拠にして特に与えられた法律効果が占有訴権ということになる¹⁵⁾。ないしは逆に言って、占有訴権とはそれ自体ではなんらの実体をもたない、したがってその実体を根拠にして訴えを提起するということのできない、単なる形式、名辞としての「占有」に法律学が「物秩序の維持」「平和」を正統性の根拠にして特に付与した法律効果である。

しかし論者のいう所有権事実「所有権」とは別に付された名辞としての「占有」（論者はそれを「別名辞としての占有」という）は、したがってその実体は所有権事実のことであるのだから、その法理上の性格、特徴、効果は、イエリングの指摘したように、ことごとく所有権と並ぶものになる。

Ⅱ 二つの占有論 3 説

我が私法学会のなかで占有に二つの別があるとする説のうち、本稿では杉之原舜一教授、山中康雄教授、篠塚昭次教授の3説について論じたい。

a

杉之原教授は債権の準占有者への弁済を扱われたなかで、その前提理解として二つの占有を論じていられる¹⁶⁾——すなわち占有そのものを扱うことを主目的とされてではなく、ということである。そこで教授は、占有の法律効果を二つに分って、物の所持者が自らその法律効果を享受するものと、動産の善意取得者が享受す

るものとされる¹⁷⁾。そしてその二つを、論述の目的に従って主観説、客観説のいずれで占有の成立を認めることができるかと考察される。その考察によれば、前者は物の所持者自からがその効果を取得するのであって、人間の物の所持に主観的要素のないものを承認する「社会的根拠」を認められない。したがって、占有意思——主観説というものもその存在理由を認めることができ、前者の占有は主観的占有であるとされている¹⁸⁾。

他方、後者の占有は、その取引相手方が占有のないしはその占有者の主観的意思を知ることとはほとんど不可能であるから、その占有は占有者の主観的意思如何によって消長を来たさない——すなわち客観的占有で足りる、とされる¹⁹⁾。しかしこの占有は善意取得者に物上権を取得されるもの——公信的効力を与える占有であるから、その占有は——なぜ公信力が与えられるかといえば、社会観念上一般的に Rechtsschein を伴うからである、したがって Rechtsschein を伴うものでなければならない。すなわち Rechtsschein 占有でなければならない、とされる²⁰⁾。

さらに教授は我が民法に規定する占有の法律効果は一般的に所持者自からが享受するものであって、192条のような善意取得者が享受するものは例外であるから、民法180条はその原則について主観説を規定したものと理解するべきである、とされている²¹⁾。



杉之原説は二つの占有を占有の法律効果の享受主体の別に着目して分っている。それは善意占有者の果実取得(189条)、自主占有、善意、平穩、公然の占有の推定(186条1項)、本権の推定(188条)、取得時効(162条)、占有訴権(197条-200条)等は占有者自身が享受するもの。善意取得者——占有者以外の者が享有するものとして即時取得(192条-194条)と分ける²²⁾。

しかしその場合、時効取得占有は時効の利益を占有主体が享受する。それに対して即時取得

占有の場合は、譲渡人の占有を信頼した譲受人が享受する。杉之原説に従えば、したがって前者と後者の占有は別のもので、後者は譲受人に交信力を付与する占有であるのだから、Rechtsschein を伴う占有でなければならない。それに対し、前者はそうではないのだから、Rechtsschein を伴うことを要しない——ただ教授はそう明記されてはいないのであるが。そう相違するとされるようである。しかし論者はその二つの占有——時効取得を齎らす占有と即時取得を齎らす占有の双方、ともに Rechtsschein を伴うものとみるのである。違わない。

前者は侵奪取得であっても、即時という効果の上で占有者に所有権取得を認める。それは占有者の占有が所有権事実であるからである。他方、譲渡取得であって、所有権を欠く譲渡者の占有を信頼した譲受人に所有権取得を認めるのも、成るほど善意無過失を求めているが、なぜであるかといえば、譲渡人の占有が所有権事実であるからである。したがって論者はその双方の占有、同じ所有権事実であって、同じ実体である。別の実体ではなく、したがって別の占有だとはみない。それを杉之原説は後者は Rechtsschein を伴うからである——反対解釈すれば、占有の法律効果を所持者自身が享受するとする前者は Rechtsschein を伴わないからである、とされる。

そこでは杉之原説が、Rechtsschein に一体、何を理解したのかが問題になる。ただ同説はそれを説いてはいない。我が私法学では Rechtsschein を「権利外観」と訳す。それは外形上、社会的に当事者が正当な権利行使と同じ外観を呈すると理解している。ないしはそのような外観には権利取得を認める——外観優越²³⁾。論者はそれが法理上いかなる意味をもつかを別に論じたが²⁴⁾、杉之原教授も、上記一般的な権利外観理解をしておられる、と理解してよいであろう。

そうであればさらに続いて、それではそれが何を意味するか、である。先ずそれが所有権において意味するところは、前記のように所有権

が権利要件を備えない権利であることに関係する。すなわちそうであるから、権利の争いが生じたときには権利の外観を優先して、権利の所在を決つする。そういうことである——その点、権利外観が Gewere に由来する云々の点は、Gewere の場合ゲルマン民族が言語の主知性をいかに理解していたかに係わるもので、この点とは問題を異にする。論者はそう考えるが、権利の外観とは、いかほど真実の権利行使の実態と似ているかという問題である。問題はそれ——権利外観が権利に対し何であるかということである。

いうまでもなく、権利外観 *Rechtsschein* とは実体の状態——実態であるが、すなわち権利に対する権利事実のことである。それは権利外観と権利事実の関係を、*Rechtsschein* が Gewere 由来と説明したのでは理解できないことを意味する。その権利事実が真実の権利事実と一致するが、権利事実者に真実の権利が欠けている場合に適用される法理。それが権利外観論ないしは外観優越理論である。他方、真実の権利者が権利を行使する実体も権利事実であるのはいうまでもない。すなわち *Rechtsschein* と杉之原説が提示するのは、192条についていうからである。しかし真実の権利者——例えば賃借人が賃借物を使用収益するのも権利事実であり、権利事実である点において、杉之原説の提示する、法律効果を占有者自身が享受する場合も、善意の第三者が享受する場合も同じなのである。それを同説は、単に効果の享受主体の別に注目して、別物と立論している。そう批判することは可能で、それは第一義的には享受主体の別を範疇にした不適切さによるといえようかと思う。

さらに占有論一般にいえることで、川島説にもいえることであるが²⁵⁾、占有論には所有権の規範論的理解を必要とする。その特質を誤解すると、ないしは理解しない場合には占有の適切な理解を得ることはできないのであって、杉之原説にもその憾みがあるといえようかと思う。ただ該当の論述、債権の準占有者への弁済を主

題にし、債権の準占有者に債権者であるという主観的要件を必要とするかを検討したもので²⁶⁾、占有を主題にしたものではない。それは前に触れたとおりで、その制約は理解するべきであろうと思う。

b

山中教授は我が民法典上176条によって売買等の権利移転の意思表示があれば権利は移転するとされているにもかかわらず、176条、177条によって対抗要件を規定し、動産物権の変動については178条によって「引渡」を求め、その引渡しは182条1項の適用を受けるとされている²⁷⁾。それは176条の権利の移転によって当然に生じる譲渡人から譲受人への占有の移転——譲受人の取得する間接占有であり、それ以外に占有の引渡を求めているものだとされる²⁸⁾。すなわちその求められる、ないしは民法典の予定する、その引渡されるべき占有は、その他の占有、上記、例えば権利の譲渡に伴って売主は買主のために占有し、買主は売主を介して取得する間接占有——単なる占有とは、別の占有である。そうされる²⁹⁾。

その単なる占有というのは、「人が物を事実上支配している独立所持状態」で、それは「すべて社会観念にしたがって決せ」られるとし³⁰⁾、身体的接触による方法を第一に挙げ、「所有権というような、物を事実上支配し、独立所持することをえしめる権利をもつということにより（！）占有が成立する場合」（！マーク辻注）、次いでドイツ民法855条にいう占有補助者でない場合を指摘し³¹⁾、それに因んでは一時的所持、例えば喫茶店で備付けの新聞雑誌を閲覧するのは占有ではない、といわれる³²⁾。また続けて、代理占有、間接占有、共同占有によって占有が成立する場合があることを説き³³⁾、最後にその承継取得——引渡しの方法、占有が喪われる場合を説明される。それらの限定によって認められる「人が物を事実上支配している独立所持状態」が占有訴権を付与される「単なる占有」である。逆にいうと「公示的占有」はそれらのう

ちより「とくに公示の原則にかなう占有方法」をいうとする³⁴⁾。

山中説はそれ以外に「占有とはなにか」と題して占有を縷縷、扱われるのであるが、山中説を強力に拘束しているのは、そしてその拘束は時代の拘束でもあるが、主観＝客観説の対照で——山中説は純客観説を主張される³⁵⁾、そのほとんどを主観説の論駁に費してられる。



山中説の特徴の一つは、名辞と実体の峻別の不明確さであろう。占有は事実状態であると繰返しながら³⁶⁾、登記も占有の一つの方法である³⁷⁾、という！登記も確かに事実である。しかしいかなる事実であるかといえば、紙面という実物に文字、場合によれば図で有体不動産と権利、権利者を記すという事実である。しかしこの事実、事実としてはこれのみである。紙という実物と文字、場合によれば図が実在するのみ。物を支配するという事実はどこにも実在しない——ここで論者はこの論理、いうまでもなく法人擬制＝実在説と通底することを識る。

しかしその紙片を一定の要件を備えさせて、支配事実とすることはできる。いうまでもなく、それが公信力の付与であるが、しかしそれは実体の問題——事実の実態ではなく、規範——名辞上の構成の問題である。したがってその名辞上の構成に対し実体としての支配の事実は別にかつ厳に実在するのであるから、その名辞上の構成はその実体事実と一体化させる構成でなければならない。それが論者のいう登記における三位一体³⁸⁾。そこを山中説は観念と実体、名辞と指示対象の別に頓着しない立論であるため、自在に往来する——法理論にならないのである。問題は、この公信力の付与が、例えば我が民法典の登記があるのか＝ないのか。その要件はいかに。その規範論——名辞上の構成を問題にしているのである。それを登記を占有の一つであると言ってしまう、結論を課題の中に入れて論じることになる。山中説が賛同しているのであるから当然といえば当然になるが³⁹⁾、

川島説が、登記によって所有権の証明が容易になっているのであるから、近代法の下では *probatio diabolica* とはいえない⁴⁰⁾、とするのも同断。登記は *probatio diabolica* を回避するための規範上——したがって名辞上の提示である。それは法律要件を欠く所有権に法律要件を与えようとするものであるが、それによって所有権の証明が可能になっているのは当たり前。それは結果である。「所有権」とはどうなっても権利名辞であることは変らない。すなわち原因の *probatio diabolica* は依然、そのまま遺っている。川島博士、山中教授の両説それを失念して立論されている。

あるいは山中教授は「……占有にかんする法律上の効果をみとめられるべき占有は、はたしてどのようなものであるべきか」と占有一般を論じられるのであるが⁴¹⁾、それは占有訴権という法律効果の存在理由の説明——それは社会の事実状態というものが「通常……本権にもとづいてなされているのであり、本権にもとづかざる占有は九牛の一毛にすぎないという事実にもとづいて、なされる」⁴²⁾ のであるから、その事実を「本権にもとづくかいなかを抽象して、迅速な保護をあたえる」⁴³⁾ のが「占有訴権の存在理由」である⁴⁴⁾、とされる。

いうまでもなく上に山中教授のいう「占有」とは、名辞としての占有のことで、占有事実を論じているのではない。占有事実を指称するときには「所持」と、表記されているようである⁴⁵⁾。そして占有要素論は名辞の側——記号の側にしかないわけで、山中説も日本民法学一般の理解に同じく、占有要素論が名辞の側、すなわち法律要件として問題にしており、したがって客観説とは、占有には法律要件がない、すなわち実体の認識の問題であるという主張であることを理解しない説である。またしたがってその占有論も、実体としての占有はいかにあるかは「所持」として論ずる以外、扱っているところはない。その論旨は占有意思論に終止している。

山中教授は占有とは何かという題の下で、①

占有の意義、②占有訴権を認められるべき占有はどのようなものであるべきか、③180条の心素の取扱い、そして④所持を分けて論じていられる。しかしその前三者は結局、同じ心素論を扱っておられるだけのことで、占有訴権の認められるべき占有と題されていても、それは杉之原説と同じく、占有訴権を認められるべき占有では心素はいかに理解されるべきかを論じられたに止まる。すなわち心素論と独立の所持の二つを論じ、その大半を心素論に費された。そういうことができる。占有訴権の付与されるべき実体としての占有がいかなるものであるかを扱ったところは、「所持」についてのところ以外に無いのである。そしてその「所持」についても、身体的接触、「所有権というような」権利をもつことにより成立する占有、間接占有、代理占有、共同占有の五つの形態を挙げるに止っている⁴⁶⁾。

また山中教授は、賃借権者が直接占有を取得した場合は、その賃借権は物権に変化する。すなわち債権プラス公示的占有は物権ないしは(登記が要件とされているところでは)不完全な物権になり、物権から登記をマイナスすれば単なる債権ないしは不完全な物権になる、とされる⁴⁷⁾。その理解は山中教授の Pandekten 理解の問題であり、物権＝債権をそのように定義付ければそれは山中学説彙纂の成立になるというに止まる。Pandekten は教授のいわれるように物権と債権を相互移行の関連で定義付けない。それだけのことで、その定義付けから離れて、客観的に成立する物権＝債権の対照が実在するわけでは全くない。

前述のように、占有とは権利事実のことで「所有権事実」「賃借権事実」と指称すれば済むところを、沿革上の用語事情にも影響されて「占有」と称した。したがって占有とは「所有権事実」という意味において事実であり、意味がある。精しくいえば「占有」という名辞自体には一切意味はない。そうであるから占有を「公示的占有」と「単なる占有」に分けるとすれば、前者だけが占有すなわち権利事実を指称

し、法理上有意味をなす。それに対し後者はそれ独自の意味を欠く名辞、すなわち「占有」という名辞に対応する実体は存在しないということであるから、それに独自の法理は探すべくもない。そうであるから山中説は、単なる占有について、延々と心素論を繰り上げるに止まる。それはまた、占有要素論が法律要件論であり、客観説とは——純客観説を含めて、占有に法律要件はないという提示に無理解であることによって、支えられるという構造になっている。

C

賃借権者の占有保障、賃借権者も目的物の占有主張を認められるべきだという問題意識で占有を追究されたのが篠塚教授で、賃借人が占有主張できるためには、占有が本権(所有権)と結び付けられていてはできない——心素論は占有を所有権と結びつけるものである⁴⁸⁾。したがって占有は客観的に成立しなければならない——客観説を追究し、占有自体に、歴史的に付与せられている占有訴権に、所有権(本権)の実現を図るものと、そうでないものの別がある⁴⁹⁾。そして法制史学が一般にいう占有保持の特示命令では、占有に規範性が要求されている⁵⁰⁾——所有権の所在に左右されている。したがってその特示命令は、本来の占有訴権ではなく、所有権(本権)的占有訴権である——そうであるから、それは所有権取戻訴権と類似する、とする⁵¹⁾。それに対し、暴力並びに隠秘の特示命令と侵害訴権では、その占有は事実上のもので、それら訴権は許容されている⁵²⁾。したがってその二つの訴権は、本来の占有訴権である。そういわんとする。

それは「本権」に債権を含めるべきかどうか——篠塚説はその結論を目指して展開するのであるが、それとは別に占有には、したがって本権的訴権を認められるべき占有——「modus」⁵³⁾と、それ以外の、本来の占有⁵⁴⁾——「固有の占有」⁵⁵⁾の二つの別がある。そういう結論を得るに至る。

篠塚教授は、占有保持の特示命令 int.

retinendae poss. が所有権の争いについてのもので、その占有の認否は規範適合的に行われている⁵⁶⁾。それに対し、暴力並びに隠秘の特示命令 int. Quod vi aut clam および人格侵害訴権 act. injuriarum では、その訴権の認められる物支配事実に、所有権を争う場合は除かれ、規範適合的ではなく、事実としての物支配すなわち占有のある場合に、認容される⁵⁷⁾。その二つの相違から modus ないしは modus としての占有と、本来の「固有の占有」の二別を導かれるわけである⁵⁸⁾。

しかしそれらの法律問題は、そもそもそういうものであったのか。その問題は、一体何であったのだろうか。事実としての占有、教授のいわれる「固有の占有」が認定されている。あるいは事実としての占有者に、それらの訴権が付与、許容された。そういうことが可能であるのだろうか。「固有の占有」「事実としての占有」とはそもそも何なのか。それは占有といっているものであるのだろうか。それは占有といっているものではない。そう考えられるのではないか。そう思うのである。

我々が現在、法律学でいう法律要件ないしは権利要件と要件事実論、法律要件を前提にそれに当て嵌める事実——要件事実の認定すなわち認知が成立する場合、その法律要件を適用する。それを主として権利がある、あるいは権利が成立するといひ、それに付せられた法律効果をその主張者に認容する。その過程、ないしは法的思維には一つの近代が依って立っている思考の容態——要するに思想がある。その思想を前提にしている。そういうことが可能で、その思想とは、法律要件——概念、言語を認定の規準にして、その当 = 不当を該当 = 非該当と截然と分ける。それを近代的判断というが⁵⁹⁾、該当 = 非該当すなわち A 対非 A の判定とは、 $A = A$ すなわち $1 = 1$ の認定のことである。したがって、それは 2 値判断のことであり、それをまた科学的判断という。そう認知するという思想である。その思想の下でのみ初めて、ある概念、命題によって対象を整理——分類することができ

る。そうでない場合、人間は確かに言語を操るサルであり、言語の操作は、端緒的にはその言語による A 対非 A の分類を伴うから——それを類型分類という、したがってその認識は類型認識、ある限度で——確率で、ある命題、例えば int. retinendae poss. と int. Quod vi aut clam = act. injuriarum の間の相違を摘示することは可能である。

しかしそれは上記にいう科学的思考の下で成立した、ないしは成立していたものではないのであるから、そこではその二種のものに、我々が現在——近代の思考の下で思維する、int. retinendae poss. が所有権（本権）の規範性占有 modus、後者が事実たる固有の占有の下に成立したものであるとはいひ切れないものである。それは例外、しかも重要な例外を伴い、便宜的に流用され、その二種の int. は入り組み合っている。前近代の法制史上の沿革はそういう例をしか提供しないものである。それを確実に踏まえなければならない。いうまでもなくザビニーにみられる usus modernus は、上記にいうロオマ法が端緒的にもつ特徴を、近代法 modernus の理念に合わせて変形する、ないしは純化—— $A = \text{非}A$ 化する。そういう時代的役割を果たしたものと考えるべきではあるわけであるが。そうであるからそこでは、多分に便宜的に、結果として入り組んで使われた事例が例外として原則から外される。

したがって、篠塚教授の提示された int. retinendae poss. と int. Quod vi aut clam の相違というのも、前者が modus に与えられた interdictum であり、後者が事実としての——教授のいわれる「固有の占有」に付与されたものである。そういうものではなく、int. が付与される物の事実支配には、所有権の規範事実のものと、そうでないものの別がある。それぞれにある。第一にはそう総括すべきものではないかと思う。

さらに、modus とは儒帝法の下で「負担」を意味したものであるが⁶⁰⁾、篠塚教授が占有を modus と「固有の占有」に分けられるとすれ

ば、それは *modus* を「所有権の徴表」という意味に使われていることになる。それに対し、*modus* を「権利事実」——権利を徴表する事実と理解すれば、教授のいわれる固有の意味の占有なる占有も、その「固有の」に意味はなく、所有権以外の権利を徴表する事実という意味で *modus* である。そういうを得る。

そう考えた場合に、第二に問題にされるべきなのは、教授のいわれる「固有の占有」とは一体、何なのか。教授はそれを「占有」と表現されるのであるが、それは一体、何かという問である。

篠塚教授は単純な事実である「固有の占有」をロオマ法源で一番詳しく例示され——すでに上に記したように、非権利事実的占有の実体は、杉之原説、山中説ともに具体的に提示するところはないのであるが、9例を挙げていられる。すなわち、

①賃貸人が自己の所有権の主張ではなく、契約上の権利に基づいて賃借人の占有を侵す場合の賃借人の占有⁶¹⁾、

②売買契約成立後、引渡し前に目的物に *opus* ——「作為」と訳すのでよいのではないが、が為された場合の売主の占有⁶²⁾、

③上記②の場合であって、買主が客体を事実上支配しているときの買主のその支配事実、

④試味売買での買主の占有⁶³⁾、

⑤解除条件付き売買で目的物の引渡しを受けている買主の占有⁶⁴⁾、

⑥他人の用益権 *usus fructus* の対象になっている自己の所有物にその所有者が *opus* を為す場合の用益権者⁶⁵⁾、

⑦収益賃借人や用益権者のそれぞれの収益以外の利益について、その賃借人や収益権者が *opus* を為す場合の所有権者の占有⁶⁶⁾

⑧果実を付けない立木を切り倒された場合の所有権者の占有⁶⁷⁾、

⑨相続人未定の場合の相続財産に対して為された *opus* についての（後から判明した）真実の相続人の占有⁶⁸⁾、
その九つの場合である。



それらのなかで①の場合。賃貸中の物を第三者に売却した場合に、その物の占有が買主に引渡される前は——所有権も買主に移転しないのだから、買主が賃借人にその物の占有の引渡しを求めた場合には、賃借人は *int.unde vi* 暴力による占有侵奪に関する特示命令によって保護されるのも、それは買主に所有権が移転していないからであり、また、賃借人が賃借中の目的物の引渡しを正当な理由なく買主への占有移転を拒むときに、売主には賃借人に対する上記 *unde vi* の主張が許されているのは、売主の許に所有権が留保されていることによっていると考えられる⁶⁹⁾。したがってこの場合は *int.Quod vi* に関係しない例外であって、本権に基づく規範的事実を認容する場合である⁷⁰⁾、とされる。

上記の例は、周知のように賃借人に対外——したがって新所有権者にも対抗力を付与するか否か。さらにしたがって売買は賃貸借を破らない事例であるか、どうかの事例とされる。さらにまたこれも周知の事例であるが、⑨相続の場合に、相続人が未確定の相続財産に侵害が加えられたときに、後に相続人がその侵害に対して *int.Quod vi* を主張できる。それも、事実としての占有者に付与されたとする例外である——相続人は本権者なのだから、その支配事実は規範事実——要件事実であるから。そうされるのであるが⁷¹⁾、先ず指摘しておかなければならないのは、その事例は *Quod vi* の特示命令が事実としての物支配——占有に付与されるもの、すなわち原則の例外である。そういうものではなく、それを原則であるとするのは、一つの *usus modrnus* であり、前述のように近代法学の思想によって初めていえることである。そういうことではないのだろうか。

すなわち前近代——古典、中・近世までの法的思維では、*Quod vi* の法律要件が単なる物支配事実である、とする原則があったわけではなく、*int.Quod vi aut clam* にいう *vi* とは「暴力で」という意味であり、*clam* とは「隠秘に」

という意味であるのだから、暴力が使われたり、隠秘に、すなわちこそこそと人目に立てずに行われた行為がありさえすれば、その特示命令を援用することはできた。ないしは援用されたものである。そう考えるべきではないか。

次にそれら九つの事例の「事実性」を問題にすれば、確かにそれら各事例では *int.Quod vi.aut clam* の特示命令が容認されている。しかしそれは規範性から切り離された事実性に基づく占有に付与された訴権、すなわち教授のいわれる固有の占有訴権といえるのか、どうか。それらは単に、一定の要件の下で——売買目的物の占有が売主のもとに留まっているときに、賃借人に認められた、あるいは買主に認められた。その認容はいずれも、賃借人の賃借権事実、あるいは買主の引渡し請求権事実、すなわちいずれも、一定の権利事実——それは *pandekten* 式に整理すれば債権なのであるが、債権といえどもその債権の内容に応じて対物的に権利事実をもつわけで、その権利事実、すなわち教授の用語法に従えば規範性の下に、*Quod vi.* の特示命令が認容された、ということではなかろうか。

すなわち教授のいわれる事実性に基づく占有というのも、一種の規範性に基づく物支配 *modus* である。そういえるとすれば、教授のいわれる事実性に基づく物支配——固有の占有というものが、その対象を欠くことになる。

若干の事例を採り上げる。まず第一は、賃借人と賃貸人、賃貸人が売渡した場合の買主＝新所有権者の間である。この場合の賃借人と買主との関係では、所有権が買主に移転しており、買主が賃貸借を存続させる特約を結んでいなければ、買主は賃貸借を破ることができることになるが、イエリングが摘示したように⁷²⁾、ロオマ法源上、賃借人が賃借物を占有しておれば、買主が明渡しを求めたときにそれを拒否するとすれば、*int.unde vi* によって賃借人は保護され、ロオマ法源上は「売買は賃貸借を破らない」ものとされていた。

それに対し、賃貸借契約中に、すなわち期間

の定めがあつて期間が経過したのでもなく、期間の定めがなく、貸主が契約の解除を求めたのでもない場合に、例えば抵当権を表示する看板を打ち付けるために借主の占有を侵し、賃借人が妨害したとする。この場合には貸主、借主双方が *Quod vi.* の特示命令を主張することができ、双方が有責であるとされて、その主張が相殺され、賃貸人は賃借人の現在の利益まで原状を回復せよと命じられる (*D.43,24,22,2*)⁷³⁾。そのことによって、結果として賃借人の現状の占有事実が「事実の優先」の原則⁷⁴⁾ で保障される。それは事実としての占有が保障され、その事実、訴権、したがって占有訴権が認容されている事例である、とする。

第二は売買で、より好条件の買取申込みがあった場合には解除するという条件付きで売却され、引渡された場合に、より好条件の申込みがあったので解除し、売主が引渡しを求めた。それに対し買主が引渡しを拒んだ場合には、その売主は、*Quod vi.* を援用することができる (*Ulp.D.43,24,11,12*)⁷⁵⁾。それも所有権の所在規範性を問うことなく、その事実性に基づいて訴権が与えられる場合である、とする⁷⁶⁾。

試味売買の特約がある売買で買主が占有をもつ場合にも同じ特示命令が許されるのも⁷⁷⁾、同じく占有の事実性に基づいて占有訴権の認められる場合である、とされる⁷⁸⁾。

どのような権利であつても——単なる請求権であつても、その権利事実は実在する。単なる請求権であつても債権者＝債務者は実在する。その債務の本旨はその請求権の生成する原因事実——債権発生原因事実をもつ。すなわち、上掲若干の事例のそれぞれの事実は、単に事実であるというに留まらない。ないしは、それら事実は、なるほど所有権ではないが、一定の規範性——権利を表現する事実であるのではなかろうか。

すなわち賃借人が賃借物を占有しているのは賃借権事実であるし⁷⁹⁾、第二の売買契約解除の場合の売主＝買主、買主の目的物占有——ここで注意すべきなのは、売主に占有事実はない

という点！という事実は⁸⁰⁾、単なる事実ではない。それは解除条件付売買契約の解除権者のもつ解除権事実である。さらにまた試味売買の買主のもつ占有は⁸¹⁾、いうまでもなく試味売買買主債権の事実——権利事実である。したがってそれらにロオマ法源が訴権を許容しているというのは、それぞれの権利事実にそのいわば妨害排除訴権——占有訴権を認容している。そういうことではなかろうか。そうだとすれば、そこに一体、規範と切り離された事実であるという——確かに所有権からは切離されているのであるが、そういう意味での「事実性の原則」なるものが成立しているといえるのであろうか。そう思うのである。占有保持の特示命令が所有権事実に基づいて付与された占有訴権であり、*Quod vi., act.injuriarum* の付与されるのは、単なる事実である。そういう対照は成立するのであろうか。所有権＝非所有権という対照は論者も認めたい。しかしその非所有権は、すなわち「単なる事実」という対照は成立するだろうか。あるいはそこにいう「事実」とは、一体、何を指示するものなのだろうか。単なる事実といえば、所有権事実も事実である。場合によれば堂々巡りに陥る。

事実自体ないしは事実を言い表わす——指示する言語、語彙、言葉は「事実」しかないわけで、強いて言えば法律世界はそれを「占有」と言おうとした。そういうことは可能である。

Ⅲ 二つの占有論

a

確かに占有には二つの占有がある。その一つは所有権事実としての占有である。そしてこの占有は物の使用、収益、支配事実を伴う権利一般については、その権利事実を含む。そういう意味でいえば権利事実としての占有である。他の一つは非権利＝事実としての占有である。しかしこの後者の占有は非権利＝事実という事実が事実一般を指称するものであって、それは占有とはなんらかの事実を指称するということ

意味するのであるから、ある特定の占有としては成立しない。すなわちその意味で、この後者の占有とは「占有」という名辞のみが存在し、その実体を欠くもの、幻の占有である。すなわち存在しない。さらにいえば「固有の占有」がこの後者、非権利事実を意味するとすれば、そのような占有は存在しない。あるいは二つの占有といえば、論者が上に掲げた権利事実占有に二つの占有がある。すなわち権利事実に所有権事実と非所有権＝権利事実の二つがある。したがってそれに対応して、所有権事実占有と非所有権＝権利事実占有の二つがある。占有に二つの占有があるというのは、そういう意味になる。ただそれも、権利事実＝占有という名辞の設定であるから、「権利事実占有」という名辞は無用な重複で、単に「権利事実」という名辞で足りる——「占有」という名辞は幻である。

したがって、非所有権＝権利事実にいう権利とは約定または法定の権利であるから、権利要件を求めることができる。すなわち要件事実の認定が成立する。したがってその要件事実、権利事実は「要件事実」「権利事実」といえば済む。それをことさらに「占有」という必要はないわけである。その非所有権＝権利事実は、ことさらに占有という必要がないところから、占有とは所有権事実であるという主張が成立する。すなわちザビニーの所有者意思説のもつ一つの意味がこれである。そう理解することもできる——それはまた、ザビニーに至るドイツ普通法学の占有論とは占有要素論、就中、*animus* 論として論じられたという、思考の一種の形式にも左右されている。したがって占有論の問題点が悉く *animus* 論に詰め込まれることになっている。

さらにまた、所有権＝権利事実とその他の権利＝権利事実に共通しているのは「権利事実」という点であり、それを捨象して総括する表現は「権利事実」という一つの表現——名辞以外にない⁸²⁾。それをロオマ法以来、法律世界は「占有」と別名辞で指称している。そう指摘することができるわけである。

上に記したように、篠塚教授はその「固有の占有」に該当するとする実体例を九つ挙げられたのであるが、しかしその場合、そもそも篠塚教授のいわれた「単純なる事実」とは何を言わんとされたものであるのか。不明なのである。多分、人がある物を所有権という権利の所在と無関係に支配する。すなわち「単純」に「事実」として支配する点に基づいて特示命令が与えられているということを言わんとされるのであるのかもしれない。しかし、人が単純に事実として物を支配するということは、そもそも法的にはなんらの意味もない。上例九つの場合も、法的には確かに言われるように所有権の所在とは関係のない場合である。しかしそれは単純に事実として取上げられているのではけっしてない。

すなわち①は「賃借人の」占有、②は「売主の」占有、③は「買主の」占有、④も「買主の」——ただし試味売買の占有、⑤は「解除条件付きで引渡しを受けている買主の」占有、⑥は「用益権者の」占有、⑦は（実に）「所有権者の」占有、⑧も「所有権者の」占有、⑨真実の「相続人の」占有、である。どれ一つ、「単純なる事実」ではない。すべて法的——権利、義務によって限定された事実——なんらかの権利をもつ当事者の実体の形態、すなわち実態である。そうだとすれば、篠塚教授の主張された「単純なる事実」と「規範の現象形態たる事実」modus との「分離」というのは成り立たない。すなわち、篠塚教授の用語例に従えば、すべて占有とは modus なのであり、「単純なる事実」としての占有とはその「占有」に対応する実体を欠いていることになる。

modus とは「規範の現象形態」であるならば、以下は論者が特定の主張することであるが、その現象形態たる実体事実には規範が対応しているのであるから、法理上その実体事実は「a 規範事実」と称すれば済む。すなわち modus としての「占有」と指称する必要性は存在しない。それだからであろう、篠塚説はそれ以外の占有を「固有の」占有と指称するわけ

であるが、その「固有の占有」には対応する実体事実を欠くことになる。そうだとすればそれは「占有」という問題が雲散霧消することを意味する。占有とは「占有」という語彙——名辞があつて、実体を欠く法律問題である。そう意味する。

あるいは意味をもつとすれば、それは「占有」が「a 規範事実」の言い換え名辞であるという場合のみである。そして占有は法律上はそうとしてのみ機能している。すなわち、a 規範：a「規範事実」＝「占有」という式である。この場合「占有」という名辞は、その指示伝達内容をもたず、また概念にはなんらの固有、特定の内包はない。したがって「占有」に占有要件は存在しない。すなわち「占有」という名辞語彙は、「規範事実」を呼び出す語彙——メタ言語語彙であり、占有規範はメタ言語語彙「占有」によって形成されたメタ規範である。そういうことができ、したがってまた占有要件、占有実体の問題を「占有」から提起することは、その名辞語彙の性質上不可能である。占有に係わる問題はすべて、a 規範問題、すなわちすべて「占有」外の問題であつて、実体事実の問題は、それに対応する法律事実、規範事実、権利事実もしくは要件事実の問題である。占有という「単純なる事実」なるものはどこにも存在しない。存在すると考えるとすれば、そして法律学はロオマ以来「占有」possessio に独自の問題があると考えて来たのであるが、それはすべて「占有」という名辞が立てられた、ないしは立てられているために、あるいは「権利事実」という名辞に「占有」という名辞を与えたために法律学が犯している錯覚である。

したがって、篠塚説のいう「固有の占有」という表現は、表現——記号としては適切を欠くもので、本来それは無用な、蛇足として付与、案出された名辞——記号のことである。したがってむしろそれは、非固有な名辞——「非固有な占有」といわれるべきものである。

b

権利表象占有ではない占有、杉之原説では「公信の効力を伴わない占有」山中説では「単なる占有」についても、篠塚説にいえると同一の事情を指摘できる。ただ両説とも権利表象を伴う占有についての主張が主であることもあって、杉之原説は二つの占有をその法律効果の二別、すなわち占有者自身が占有の法律効果を享受するものと、取引の相手方——善意取得者が享受するものの区別によって二別する。その上で、時代に影響され、その二別に主観説的占有と客観説的占有の二別を結び付けるに終っている。他方山中説は占有移転の態様に着目して、抽象的占有移転と現実の引渡しとの差を導き、公示的占有は現実の引渡しを必要とするという結論に至るに止っている。すなわち両説とも具体的に非権利表象的占有——山中説のいう「単なる占有」がいかなる実体に対応するかを提示するところはない。したがって、篠塚説に指摘したように、その非権利表象的占有——山中説のいう「単なる占有」がその実体を欠くということを具体的に例証はできない。ただ、両説ともその立論の目的に左右されたにせよ、されないにせよ、少なくとも非権利表象占有の実体を1例も提示していないことも事実である。

占有に二つの占有があるとすれば、論者はそれを所有権＝権利事実である占有と非所有権＝権利事実（その他の権利＝権利事実）である占有の二つである。そう考えるのであるが、そうであれば、次ぎにそこには、所有権とその他の権利の権利のありようの違いに応じて、今一つの違いが生じる。すなわち、所有権権利事実の場合は、そもそもがそれが「占有」という法的名辞を生む原因になったのであるが、所有権は歴史的存在で、その権利要件をもたないものである。すなわち、所有権＝権利事実である占有は、所有権を推定するための占有である。本来、ギールケのいう歴史的範疇であるとは、所有権事実が「所有権」という名辞よりも先きに生成し、社会に実在する。それを「所有権」があると称する、ということである。今、それを

実定法に従っていえば、占有によって所有権を推定する。すなわち所有権事実の実体が認められるのであるから、所有権の成立、保持を認容する。日本民法典でいえば188条。あるいは占有を信賴した相手方には所有権の取得を認める(192条)——ただこれは不動産の場合は登記によって変形を受ける。

それに反して所有権以外の権利の権利事実の場合は、その権利は約定、法定の権利要件をもつのであるから、所有権の場合のように権利事実によって権利を推定せねばならないという構造をもたない。したがって、杉之原説のいう *Rechtsschein* としての占有というのは、*Rechtsschein* という語の本来の意味において前者のことであり、後者の占有には当たらない。

占有には所有権(その他の権利)事実と単なる名辞としての占有の二つがあるということでもあるから、いわゆる占有の移転にも所有権(その他の権利)事実の移転と占有名辞の移転の二つがある。沿革的に成立している占有移転の方法といわれるもの——日本民法典でいえば、182条1項、同2項、183条(占有改定)184条(指図による移転)の四つであるが、Ibで記したように、それらもその二つの移転の別によってみななければならないことになる。名辞とは語彙のことであるから、名辞としての占有の移転とは法律上は意思表示による。したがって現実の引渡しとは、意思表示によるものではないから、権利事実の移転、引渡し——引渡しというとか一つの固体、纏まりを移転すると思いがちであるが、そうではなく実態の変更のことである、のみをいうのである。

それに対し、現実の引渡し以外の占有の移転は意思表示によるものであるから、それらは単なる占有名辞の移転をいうものである。しかし、権利事実という場合の権利とは、これも必ずや名辞によって構成されている。したがって権利「事実」の移転が、単なる権利名辞の移転によって完成、実行される場合がある——抵当権。その場合、上記、三つの引渡し方法は権利事実の移転、引渡しをも意味することになる。

その結果、現実の権利事実の移転、引渡しと、名辞の移転による権利事実の移転——占有改定が対立する場合は発生する。あるいは名辞の移転のみによる権利事実の移転が複数並立する場合がある。その場合は、問題は振出しに戻っているのであって、したがってどの当事者の得ている権利事実が最も権利事実と同等であるかによって決せられることになる。それは日本法の民法176条、177条並立下の不動産物権変動の場合と同断。すなわち、例えば所有権譲渡の場合に、占有改定による占有取得と、現実の引渡しによる占有取得が対立すれば、後者が最も権利事実である権利事実と同等の実態を呈する——ほとんどの場合、と考えられるから、後者に権利の取得を認める。それが192条の場合の占有改定の問題。

上にいう三つの占有移転とも権利事実の移転であるという点を占有改定について明記するのがBGB §930。そして、現実の引渡しと占有改定による名辞の移転のいずれの占有取得が権利事実の実態であるかを占有改定について明記するのが、同じくBGB §933である。

すなわち占有改定が動産の物権変動に関する即時取得の要件を満足するか否かの問題も、占有に二つの占有があって、権利変動を表象する占有が、それに当らなければならないからである⁸³⁾、という二つの占有論は正答ではない。問題点は二つ。一つは杉之原、山中、篠塚の3説がいうような占有に二つの占有の別があるということはないという点。第二は、権利事実があるかないかは、実体の形態——実態による——この点は別に論じた⁸⁴⁾。そういう点で、占有改定による占有取得も一つの権利事実の取得の形態である。したがって、いうまでもなく、占有改定による占有取得者しかいなければ同人が権利事実を呈しているといえる。ここが我妻説⁸⁵⁾の成立根拠。しかしそれに対して、現実引渡しを受けた権利事実者が対抗して実在すれば、その比較対照によって、いずれがより権利事実者の実態を呈するかが認定される。192条に占有改定では足りないというのは——杉之原説は

これを主題に立てられたものである⁸⁶⁾、そういう意味である。したがって、それは占有に二つの占有の別があり、modusとしての、あるいは公示的占有に、あるいはRechtsschein占有に占有改定は当たらないということではない。ほとんどの場合、現実の引渡しを受けた者と占有改定によって名辞としての「占有」を得た者とは、前者が権利者の実態をより明確に呈するということである。したがって理論上それは、「ほとんどの場合」「より明確」であるというだけであるから、占有改定者がより権利事実者の実態を呈するということも、あり得る。

おわりに

占有には、主として所有権を念頭において、その権利事実として成立する占有、modus, Rechtsschein, あるいは公示占有と称する、そういう占有とそれ以外の単なる占有、単純な事実、固有の占有の別がある。そういう二つの占有があるという我が学説の占有論は、成立しない。それら三つの説の後者は、実は権利事実——ただし非所有権の権利事実であるか、実は単なる名辞、「占有」という語彙にすぎない。本稿はそう主張した。ただ二つの占有といえ、占有とは権利事実という語彙を指示する語彙であって、占有とは「権利事実」と称すれば済むものである。そうすると、その権利事実にも所有権＝権利事実と非所有権＝権利事実の二つの権利事実、すなわち二つの占有があることにもなる。そしてその場合、「占有」とは「権利事実」という名辞語彙を呼び出す語彙、すなわちメタ言語語彙である。したがって占有規範は「占有」というメタ言語語彙を介したメタ規範である。そう展開したのである。

注

- 1) 辻「所有権の法規範論的特性」『阪南論集 社会科学編』33巻1号、1997年6月、26ページ。
- 2) Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, 2 Bd., Systematisches Handbuch der Rechts Wissenschaft, vlg. von

- Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, S. 348.
- 3) Savigny, Friedrich Carl von, *Das Recht des Besitzes*, unveränderter reprografischer Nachdruck der 7Aflg., 1864., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, S. 199.
- 4) Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, 9Aflg., Vlg., C.H. Beck, München, 1976, S. 91.
- 5) *derselb.*, S. 109.
- 6) *derselb.*, S. 110.
- 7) *derselb.*, S. 83, 110.
- 8) *derselb.*, S. 81f.
- 9) 辻『メタ規範論叙説』コンプレス, 平成13年, 51ページ以下。
- 10) Jhering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzesschutzes*, neudruck der 2Aflg., Jena 1869, Scientia Vlg., Aalen 1968, S. 223f.
- 11) 辻, 前掲論文, 26ページ。
- 12) Bekker, Ernst Immanuel, “Zur Reform des Besitzrechts”, *Ihering Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Folge 2, Bd. 30., 1891, S. 310.
- 13) *derselb.*, S. 311.
- 14) Jhering, a. a. O. S. 72ff.
- 15) 我妻栄『物権法』民法講義Ⅱ, 新訂, 岩波書店 1983年, 487, 500ページ。
- 16) 杉之原舜一「表見的受領権者に対する弁済者の保護」(一)(二・完)『法学協会雑誌』46巻8, 9号, 昭和3年, 1ページ以下, 49ページ以下。
- 17) 同上論文(二・完)53-54ページ。
- 18) 同上論文, 54-55ページ。
- 19) 同上論文, 55-56ページ。
- 20) 同上論文, 62-63ページ。
- 21) 同上論文, 55-56ページ。
- 22) 同上論文, 53-54ページ。
- 23) 喜多了祐『外観優越の法理』千倉書房, 昭和51年, 293ページ。
- 24) 辻「表見代理の周辺にある若干の問題」『阪南論集 社会科学編』31巻1号, 1995年6月, 42-44ページ。
- 25) 川島武宜『所有権法の理論』岩波書店, 昭和24年, 150ページ以下。
- 26) 杉之原, 前掲論文, 50ページ。
- 27) 山中康雄「占有の理論」末弘厳太郎編『法律学体系第2部』法学理論編64, 日本評論社, 昭和26年, 58ページ。
- 28) 同上論文, 59ページ。
- 29) 同上論文, 同所。
- 30) 同上論文, 30ページ。
- 31) 同上論文, 31ページ。
- 32) 同上論文, 32ページ。
- 33) 同上論文, 33-36ページ。
- 34) 同上論文, 57ページ。
- 35) 同上論文, 17ページ。
- 36) 同上論文, 5, 39ページ。
- 37) 同上論文, 53ページ。
- 38) 辻「不動産登記の意味論」『阪南論集 社会科学編』33巻4号, 1998年3月, 85ページ。
- 39) 山中, 前掲論文, 13-14ページ。
- 40) 川島, 前掲書, 151ページ。
- 41) 山中, 前掲論文, 9-18ページ。
- 42) 同上論文, 12ページ。
- 43) 同上論文, 同所。
- 44) 同上論文, 13ページ。
- 45) 同上論文, 30ページ。
- 46) 同上論文, 30-36ページ。
- 47) 同上論文, 66-67ページ。
- 48) 篠塚昭次「占有論序説」『早稲田法学』32巻3・4(合併)号, 昭和32年, 421-422ページ。
- 49) 同上論文, 421ページ。
- 50) 同上論文, 429-434ページ。
- 51) 同上論文, 434ページ以下。
- 52) 同上論文, 439-449, 457-458ページ。
- 53) 同上論文, 462ページ。
- 54) 同上論文, 427ページ。
- 55) 同上論文, 461ページ。
- 56) 同上論文, 430ページ以下。
- 57) 同上論文, 437ページ。
- 58) 同上論文, 461ページ。
- 59) 沼正也『財産法の原理と家族法の原理』改訂版, 三和書房, 昭和38年, 205ページ以下あるいは322ページ。
- 60) Kaser, Max, a. a. O. S. 55.
- 61) 篠塚, 前掲論文, 442ページ。

- 62) 同上論文, 446ページ。
63) 同上論文, 447ページ。
64) 同上論文, 同所。
65) 同上論文, 同所。
66) 同上論文, 448ページ。
67) 同上論文, 同所。
68) 同上論文, 同所。
69) 同上論文, 442ページ。
70) 同上論文, 同所。
71) 同上論文, 448ページ。
72) Jhering, Rudof von, *Der Besitzwille, Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Vlg., von Gustav Fischer, Jena, 1889, S.440.
73) Scott, S.P., *The civil law, Digest or Pandects* XXXIX-L, The central trust company, Cincinnati, USA, p.23.
74) 篠塚, 前掲論文, 444ページ。
75) Scott, S. P., *op. cit.*, p.17.
76) 篠塚, 前掲論文, 448ページ。
77) 船田享二『ローマ法』改版, 第2巻, 岩波書店, 昭和44年, 364ページ。
78) 篠塚, 前掲論文, 447ページ。
79) 同上論文, 442-444ページ。
80) 同上論文, 447ページ。
81) 同上論文, 同所。
82) ドイツ学説がゲベール論から一元論的に占有を導いたというのであるが*), 原因は, 権利事実には「権利事実」というこの「1」表現——名辞しか成立しないというところと同根である。しかしゲベール論は, ゲベールというものの, その対称としての *possessio* というものの認識に, とともに *Gewere* または *possessio* という語彙, という問題意識を欠くものであるため, 対象としてはほとんど同一の対象——事象を取扱っていないながら, したがって論述も酷似するものでありながら, その理解は異次元にある。
* 喜多, 前掲書, 167-168ページ。
83) 篠塚, 前掲論文, 464-465ページ。
84) 辻「物権変動論, 占有論とパターン認識」『阪南論集 社会科学論』36巻3号, 2001年1月, 87-88ページ。
85) 我妻栄「占有改定は民法第192条の要件を充たすか」『民法研究』Ⅲ, 有斐閣, 昭和41年, 149ページ以下。
86) 杉之原, 前掲論文, 62ページ。

(2003年10月10日受付)

(2003年12月19日掲載決定)